



POR

FRANCISCO RODRIGUEZ Zatorre, y don Geronimo Zatorre, y sus consortes, vezinos desta ciudad.

EN EL PLEYTO

Con doña Ana de Aluarado, viuda del Iurado Esteuan de la Peña: Sobre los bienes y herencia que quedaron por fin y muerte del dicho Iurado Esteuan de la Peña, para que se reuoquen las sentencias del inferior, y la de vista, se aduierte lo siguiente.

PResupõgo por cosa cierta y assentada, que el dicho Iurado Esteuã de la Peña, hizo vn testamento cerrado ante Gregorio de Arriola, en 11. de Mayo de 1623. y en el haziendo ciertos legados, y declarado deudas que deue, y en el por clausula dexa por vsufructuaria a la dicha doña Ana su muger, de todo el remaniente de sus bienes, con cargo q̃ cada vn año haga dezir cinquenta Missas rezadas; y que despues de sus dias se haga vn patronazgo de legos, y que de la renta del se digan perpetuamente por su anima, y de sus difuntos, padres, y de Iuan de la Peña su tio, y doña Petronila de Rio, muger del dicho Iurado, y de doña Ysabel de Orellana su primera muger, y de Iuan de Heredia, y doña Catalina de Salazar su muger, sus suegros todos difuntos, duzientas Missas rezadas en su Capilla del Sagrario desta ciudad, donde está enterrado el dicho Iuan de la Peña su tio, y nombra por primero Capellan al Licenciado Luys Zatorre su sobrino, y despues los hijos del dicho Francisco Rodriguez Zatorre, y despues va haziendo otros llamamientos perpetuos en sus deudos, y en sus descendientes, y la renta que sobrare pagada la limosna de las dichas Missas, se gaste y distribuya en cada vn año en poner en estado de Monjas, o casadas, donzellas pobres de su linage, huerfanas de padre ô madre, dando a cada vna hasta cinquenta ducados por vna vez el dia que se cassaren, o las Monjas huuieren de professar, y prohibe la enagenacion de los dichos bienes; y dexa por primero patron al dicho Iurado Francisco Rodriguez Zatorre, y a sus hijos y descendientes, prefiriendo el varon a la hembra, y el mayor al menor, y a falta dellos suceda don Ge-

ronimo

ronimo Zatorre Lunel, y sus hijos, y assi va haziendo otros llamamientos, y a falta de todos al Prior de San Geronimo, y Canonigo mas antiguo desta Iglesia, para que nombren las dichas donzellas, y Capellanes que digan las Missas, y esto sea para siempre jamas.

Iten supongo, que el dicho Iurado Esteuan de la Peña en su vida cortô los hilos del dicho testamento cerrado, y en el borrò algunas partidas que ya tenia pagadas, y fue puniendo al margen la razon porque las borrò, y declarando la que estaua pagada, y la que estaua duplicada, como parece del dicho testamento q̃ originalmente se ha puesto en los autos deste pleyto.

Y assi mismo supongo, que estando malo el dicho Iurado Esteuan de la Peña de la enfermedad que murio, en tres de Febrero de 1626. quiso hazer testamento, y para ello llamaron à Roque Gonçalez, escriuano publico, y començô a ordenarlo, y dexô ciertas mandas de las mismas que tenia hechas y ordenadas en el primero testamento cerrado, hasta la clausula, en que declarò ser heredero vniuersal de Iuan de la Peña su tio, y en este estado començò el testador a dezir, *que me muero, que me muero, y el dicho Roque Gonçalez le preguntò, que a quien dexaua por su heredero vniuersal, y dos vezes dixo, q̃ a doña Ana de Aluarado su muger; y por su albacea al Padre Pancorbo, de la Orden del señor San Antõ, y que se hiziesse lo que dexaua tratado cõ el Padre Antonio Fernandez de la Compañia de Iesus, y en este estado se le quitò la habla.* Y luego el dicho escriuano prosigue, diziendo siendo testigos a todo lo susodicho, y a leer todo lo antes escrito fulano y fulano, y que todos lo firmaron. Y aunq̃ suscriue y dize el escriuano ante mi, y doy fee conozco al otorgante, es engaño manifies-



to

to del escriuano, porque no ay otorgamiēto, ni le hizo el testador, como se colige desta relacion que es cierta.

Iten supongo, que el padre Antonio Fernandez de la Compañia de Iesus, tiene hecha declaracion, que está en estos autos, en que dize, que el dicho Iurado Esteuan de la Peña, en conformidad de lo que con el trató, que es a lo que se refiere el testamento sobre que se litiga, y declarando lo que el dicho Iurado Esteuan de la Peña le encargò, trató, y comunicô, y le encargò la conciencia que el lo hiziesse cumplir, particularmente quatro ò cinco dias antes que muriesse, en presēcia del padre Alonso de Medrano, de la Compañia de Iesus, que fueron a rogarle dexasse alguna parte de hazienda a la dicha doña Ana de Aluarado; dixo que la dicha doña Ana tenia 1U.ducados que le auia dexado doña Catalina Ederra su tia, y 500. en que el la auia dotado, y el vsufruto de su hazienda por toda su vida, tenia bastante, y que no tuuiesse obligacion a dar fianças del dicho vsufruto, y que gozasse del soltera ò casada.

Y que en el testamento que otorgò ante Gregorio de Arriola en 11. de Mayo de 1623. pone el inuentario de plata, y joyas, heredad de casas, e otros bienes, e que se venda la plata, muebles, e joyas, para el patronazgo y memoria, que yrá puestos en la dicha declaraciō por sus palabras, para que se guarden.

Iten dixo, que se den en cada vn año de la renta de sus bienes a doña Melchora de la Peña su prima, viuda de Alonso de Xerez, veynte ducados para lo que ella quisiere.

Iten dixo, que doña Petronila Ederra su muger mandò se diessen en cada vn año quatro ducados, a doña Maria de la Paz, Monja

Professa

Professa en la Concepcion desta ciudad, que queriã fuessen seys ducados cada año, en que entrã los quatro, y mas vna saya por vna vez, y cada vn año media arroba de azeyte, y mientras gozasse la dicha doña Ana de la heredad, le diesse cada año vna carga de vbas.

Iten, que queria abrir el dicho testamento cerrado, para poner en el las partidas que tenia pagadas despues acà, y aunque le dixo q̃ no lo abriesse, lo abrio.

Iten dixo, que vna de las partidas que auia pagado, era de los herederos de Adrian de Castro, a don Alonso de Castro su hijo, que està en Malaga.

Iten, que pocos dias antes auia rematado quentas con el dicho Iurado Francisco Rodriguez Zatorre, y hechole cedula dello a que se remite.

Iten se diessen a Ioseph de Aluarado su cuñado veynte y cinco ducados ceda año mientras viuiesse la dicha doña Ana de Aluarado su hermana, por la administracion de su hazienda.

Iten, que el dicho vsufruto que dexaua ala dicha su muger, le dexaua con cargo que cada vn año hiziesse dezir por su anima y de sus difuntos 50. Missas rezadas con vn Responso en cada Missa sobre su sepoltura.

Iten, que dexaua fundado vn patronazgo é memoria en el testamento que abrio, contenido en esta declaracion, que se hiziesse de su hazienda despues de los dias dela dicha doña Ana de Aluarado su muger, y que encargaua la conciencia al dicho Padre Antonio Fernandez para que lo hiziesse instituyr y efectuar en la forma y como lo dexaua y se contenia en el dicho testamento, que era patronazgo de legos, Capellania y casamiento de huerfanas, y

que esto es lo que dexò tratado cō el el dicho jurado Esteuan de la Peña.

Esto supuesto, la dificultad deste pleyto viene a ser si la dicha doña Ana ha de ser heredera pleno iure, en possession y propiedad delos bienes del dicho Iurado Esteuan de la Peña, o si por las palabras que el testador añadio geminadas, *Y hagase lo que tengo comunicado con el padre Antonio Fernamdez de la Compañia de Iesus*, fue disposició perfecta, y grauamen que le puso q̃ despues de sus dias restituyesse los dichos bienes y herencia para fundar el patronazgo como lo tiene declarado el dicho Padre Antonio Fernandez, y si valio y surtio efecto su declaracion e interpretacion de la voluntad del difunto.

Y para proceder con mayor claridad se diuide este papel en dos partes.

En la primera se pondran los fundamẽtos de la justicia de los actores, y como la disposicion del testador fue querer grauar a la dicha doña Ana a que despues de sus dias restituyesse los bienes y hazienda para que dellos se fundasse el dicho patronazgo.

Y en la segunda se satisfarà a los fundamentos de derecho que el abogado contrario pone en su informacion de derecho en que pretẽde probar que la dicha doña Ana fue heredera pleno iure, sin carga ni grauamen alguno; cō que Deo duce, quedarà la justicia de los Actores llana y assentada.

PRIMA PARS.

La primera consideracion y fundamento de los actores es, que de la misma disposicion y palabras del testador consta de su voluntad,

 y men-

y mẽte que quiso fundar y fundô el dicho patronazgo, y grauar a la dicha su muger a la restitució de los dichos sus bienes despues de sus dias para fundacion del, ibi, *Y que se hiziesse lo q̃ tenia comunicado con el padre Antonio Fernandez de la Compañia de Iesus.* Las quales palabras son dispositiuas, nam stant principaliter per se, & disponunt id quod principaliter agitur per orationem perfectam; ita probat text. in cap. si Papa de priuileg. in 6. in versi. & est idem, & infra, vt ex multis traddit Dominus D. Ioan. del Castillo lib. 2. quotidianar. num. 74. & verba dispositiua semper sufficiunt ad inducendum fideicommissum, siue testator cum grauato loquatur, siue cum onorato, vt aduertit Peregrin. de fideicommis. artic. 1. num. 51. Y quando se quiera dezir que son assertiuas, y q̃ por si solas no subsisten sin la declaracion del padre Antonio Fernandez, nihilominus tamẽ super eis mens, & intentio proferentis fundatur & pronuntiatur, in negotio de quo principaliter agitur, vt idem text. in dict. cap. si Papa de priuileg. in 6. in versi. si autem Ecclesiæ, ibi: *Cum de ipsius essemptionis negotio ageretur, asserat ipsam Ecclesiam fore essemptam.* Y assi de qual quiera manera que se consideren las dichas palabras y disposicion, o dispositiuas, o assertiuas hazen plena disposició, porque dellas confor me a la declaracion del Padre Antonio Fernãdez, se colije la voluntad expressa del testador que fue querer grauar a la dicha su muger, que despues de sus dias restituyesse los dichos bienes y hazienda al dicho patronazgo, sin que pueda dezir que fue instituyda en propiedad & pleno iure; nam quando vxor est hæres instituta in vita a marito, & post eius mortem extraneum fecit hæredem hoc casu vxorem in solidum hæredem esse, & post mortem intelligi

grauá-

grauatam restituere hæreditatem per fideicõmissum, ita concludit Immola in l. filius à Patre in principio, sub num. 4. de liber. & posth. cum secunda institutio facta post mortem iure directo valere non posit, l. Scæbola, ff. ad Trebellian. & ita intelligit sententiam Bald. in l. miles ita, in princip. ff. de militar. testamen. & in eisdem terminis, ita respondit Angel. in consi. 150. circa finem, vbi quod Bald. ita secutus tenuit legendo, & consulendo, probat Aretin. in dict. l. filius a patre, circa finem principij, in tertio casu, & subdit eam esse verissimam dicens esse casum clarum in l. verbis ciuilibus, cum gloss. ff. de vulgar. & in §. vltimo, institut. de pupilar. subsist & in dict. l. verbis ciuilibus, probat in specie quod secundus heres post mortem alterius institutus non videtur vocatus, vt coheres ne fiat contra voluntatem testatoris qui primum solum ex asse heredem instituit sequitur copiosse Socin. senior consil. 14. numer. 4. versic. circa secundum libr. 1. vbi etiam num. 7. in versic. & tamen communem esse testatur, quod licet secunda institutio facta post mortem alterius sit concepta verbis directis nihilominus valet iure fideicommissi & ideo multo magis hoc dicit esse recipiendũ, quãdo fuit facta verbis communibus, & ideo quando vxor fuit instituta in vita, & alius fuit institutus post eius mortem hæc secunda institutio valet iure fideicommissi, probat Becc. consi. 278. num. 2. & sequitur Picus in l. Titia, §. Titia, num. 82. ad finem, in versi. aliquando & vltimo de legat. 2. dicens, Quod cum secunda institutio extranei facta post morte vxoris, non posit valere iure directo, valet vt fideicommissaria. Y assi en este caso, aunque el testador dexò por su heredera vniuersal a la dicha doña Ana, y en la misma institucion y clausula

sula, dixo, *Que se hiziesse lo que tenia comunicado con el padre Antonio Fernandez.* Y el dicho Padre Antonio Fernandez tiene declarado, que la dicha su muger auia de ser heredera, y que despues de sus dias se hiziesse el dicho patronazgo; precissa y necessariamente se ha de entender que la dicha doña Ana fue grauada a restituyr los dichos bienes despues de sus dias al dicho patronazgo

La segunda, porque esta voluntad fue repetida y geminada, como lo declaran el escriuano y testigos, de que se colige la mas perspiqua voluntad del testador, & plenius interpretatur que fue querer grauar a la dicha su muger con la dicha carga y grauamen del fideicommisso a la restitució de los dichos bienes, para que despues de sus dias se hiziesse el dicho patronazgo nam ex repetitione verborũ magis perspiqua colligitur voluntas testatoris, & plenius interpretatur, gloss. in l. balista, & ibi Bart. in prima oppositione, ff. ad Trebell. Socin. senior, in cõsil. 65. num. 18. volum. 1. & in consi. 170. num. 8 volum. 2. Decius consi. 191. num. 8. & in consil. 216. circa finem, Parisius consi. 50. num. 15. vol. 4. Natta consi. 110. num. 4. & 5. Craueta consil. vltim. num. 6. volum. 2. Simon de Pretis de interpretat. vltimar. voluntat. lib. 2. solutio. 4. numero 20. & 21.

La tercera, y de que indubitanter se colije, que el testador quiso grauar a la dicha doña Ana para que despues de sus dias se hiziesse el dicho patronazgo por palabras decisiuas, es que vsó de la palabra *que se hiziesse*, quod est, *verbum fieri*, & adaptatur etiam institutioni hæredis, vt si testator mandat de omnibus bonis suis aliquid fieri, vt monasterium vel alia res interpretatur institutio hæredis facta de monasterio, vel de illa res, secundum Bald. & Immol. in l. 1. de vulgar. & pupillar. substitut. ex text. in cap.

nos quidem, extra de testament. & Bart. in l. seruus, in fine, de adimend. legat. quia verbum *facere*, omnem faciendi causam omnino complectitur, l. *verbum facere*, cum concordantibus, adductis per glos. ibi, de verbor. significat. & factum præualet verbo. Bald. consil. 8. in fine, lib. 1. Aimon consil. 106. quam plurimos citans onoratus, num. 2. & sequentibus. Por lo qual fue visto que el testador quiso y expressó que el dicho patronazgo se hiziesse por este modo de expresion; por lo que declarasse el dicho padre Antonio Fernandez. Con lo qual verdadera y propriamente se da a entender su voluntad, & huiusmodi expresio licet per relationem, a lo que tenia comunicado con el dicho Padre Antonio Fernandez, dicitur in specie fieri, & nominatim secundum Baldum in cons. 212. lib. 5. in his verbis: *Et istud, quod intelligitur per relationem ad aliud, verè, & propriè dicitur intelligi, l. Theopompus, ff. de dot. prælegat & ideo de hoc, non est dubitandum, & omnes allegationes ad hoc tendentes sunt naturæ, & ex continuatione duarum scripturarum, resultat verè, & certum quid, quale, & quantum, ff. de verbor. obligationibus, l. rati.* Por manera, que de las palabras de la disposicion, en que el testador quiso que se hiziesse *lo que tenia comunicado con el Padre Antonio Fernandez*, que fue hazer relacion à lo que declarasse. Y de la declaracion del Padre Antonio Fernandez biē consta que la voluntad y disposicion del testador fue que se hiziesse el dicho patronazgo, y de la forma y modo que se auia de hazer. Bart. in l. Titius, de liber. & posthum. & in l. turpia, §. fin. de legat. primo, de quo est casus expressus in l. si pater filio, de vulgar. & pupilar. sequitur Ruin. consil. 165. colum. penult. num. 2. lib. 2.

La quarta, porque supuesto por cierto, como

mo lo es, que el dicho testador por auersele quitado la habla, y estar tan apretado, no pudo declarar mejor su voluntad, que por las dichas palabras, *Que se hiziesse lo que tenia comunicado con el Padre Antonio Fernandez*; auiendo ya nombrado herederos por sus dias, que fue la dicha doña Ana, el grauamen de la restitucion y fideicomisso que auia de hazer despues de su vida, lo puso en las palabras, *Que se hiziesse lo que tenia comunicado con el Padre Antonio Fernandez*: que fue disposicion expressa del dicho fideicomisso, y no se puede dezir que le cometio al dicho Padre Antonio Fernandez, la substancia de la disposicion, ni la eleccion de la persona, sino la interpretacion, y declaracion de su voluntad, & sic nullo modo dici potest institutio captatoria, porque aqui no se le cometio que hiziesse testamento, ni nombrasse heredero, ni cosa que dependiesse de la voluntad del dicho Padre Antonio Fernandez, ni la substancia de la disposicion, ni mas que la calidad, y accessoria della, que fue la declaracion de las palabras del testamento que dispuso el testador, quod quidem in alterius voluntatem conferri iure ipso permissum est, l. cum quidam, §. vnum ex familia, ff. de legat. 2. l. vtrum, §. cum quidam, ff. de rebus dubijs, Paris. cons. 38. fere per tot. lib. 3. Rota in nouis. decis. 542. num. 8. lib. 1. Anton. Gomez, tomo 1. variarum, cap. 12. nu. 48. & in l. 31. Tauri, num. 4. Molin. de Hispanor. primogen. lib. 2. cap. 4. num. 3. Mieres, de maiorat. par. 4. quæst. 48. num. 3. Simon de Præt. de interpretat. lib. 1. solut. 5. num. 5. Peregrin. de fideicommissis, articulo 33. numer. 57. Matienç. in l. 5. tit. 4. glos. 2. numer. 3. lib. 5. nouæ collection. Roderic. Suarez in tractat. de captator. voluntat. ex num. 14. in fine, versic. *Conclusiuè*, dicit verba singularia, & notanda inquit

enim.

enim. *Conclusiue autem ex prædictis habes, quod in voluntate dispositoria non potest committi institutio in voluntatem tertij, sed debet sic intelligere, vbi sola electio, seu declaratio personarum committitur tertio, ita quod principalis dispositio, & eius substantia à testatore facta est.* Y en este caso como ya el testador dispuso que se hiziesse lo que tenia comunicado con el dicho Padre Antonio Fernandez, que fue la disposiciō perfecta del testador, no se le cometio al tercero que fue el Padre Antonio Fernandez, ni se le cōfirio la voluntad ni la sustancia della, que esto fuera quando el testador dixera, *a los que quisiere o eligiere el Padre Antonio Fernandez, a essos instituyo por herederes*, que entonces fuera captatoria voluntad, y reprobada de derecho, l. illa institutio, cum vbi notatis 32. ff. de hæredibus instituend.

La quinta, porque aūque de derecho comū y del Reyno, la voluntad captatoria sea viciosa y no valga, dict. l. illa institutio 32. ff. de hæredib. instituend. l. 31. Tauri, quæ est lex 5. titu. 4. nouæ colectionis, Matienç. ibi gloss. 2. num. 2. & 3. Azeued. num. 13. Velazquez de Auend. in dict. l. 31. Tauri, gloss. vnica, num. 30. Tamen ay muy gran diferencia entre la captatoria voluntad, y la que pende de arbitrio ageno, porq̄ la captatoria voluntad es la que se confiere en voluntad de otro, y la que pende de arbitrio ageno es quando el testador dize, si me hæredē reliquis, te hæredem instituo, como lo notô el señor don Iuan del Castillo, lib. 2. quotidianar. cap. 6. a num. 2. cum seqq. Y alli pone la diferencia que ay entre la vna voluntad y la otra, y en el num. 7. dize, que de ninguna manera se permite la captatoria voluntad, aunque sea en fauor de pia causa, nam cum in ea captio ac dolus insit reprobaque hæreditatis ambitio, vt facta heredis institutione aut legato relicto, qui cap

tat

tat propriam voluntatem mutet, nec pietatis intuitu permitti poterit, argum. text. in cap su per eo de vsuris, como en este caso no estamos en terminos de captatoria voluntad; y quando sin perjuyzio de la verdad se confessasse que pẽdio de arbitrio ageno, que fue del Padre Antonio Fernandez que no pende, vt supra prouauimus, por ser la disposiciõ en fauor de la pia causa, y patronazgo para casar huerfanas, hoc casu hæredis institutio, vel legatum fauoræ piæ causæ potest pendere ab alieno arbitrio, vel ab alterius cuiuscumque voluntate: porque es diuerso caso y separado del de la voluntad captatoria, como lo resuelue el señor Don Iuan del Castillo, vbi proxime, num. 18. ex Corneo, Alexand. & Ias. & Decio in l. captatorias, C. de testam. milit. & ex Menchaca, Grass. Couarr. Sarmiento, Spino, Fachineo, per eum dict. num. 18. relatis. Por manera, que la dicha disposiciõ fauorę piæ causę, valio y ha de surtir efecto el grauamen que el testador le puso de restituciõ de los dichos bienes, para que despues de los dias de la dicha doña Ana, se funde el dicho patronazgo y obra pia.

La sexta, porque quãdo las dichas palabras de la disposicion estuuieran dudosas, y no se vuieran declarado por el Padre Antonio Fernandez, en duda se ha de presumir que el testador quiso que valiesse su disposicion, omni meliori ac efficatiori modo quo posit, vt post vtriusq; iuris interpretes, traddit Decius in cap. cum super, colum. fin. vers. *Extra istos casus*, de offic. de legati, & ex multis traddit Domi. Don Ioann. del Castillo, Quotidianar. lib. 4. 1. part. cap. 30. a num. 1. cum seqq. & neminem præsumi elegisse viam per quam testamenta sua subertantur, Rippa in l. si vnquam, num. 44. ad medium, C. de rebocand. donation. & ex Craueta, Paris. Ti-

 berio

berio Decian. Alciat. Rimin. Mantic. Menoch. Bursato, Fuluio Paciano, Hondedeo, Ceruantes tradidit D.D. Ioann. del Castillo, vbi proxime, num. 2. & nemo videtur voluisse, quod nõ potuit disponere; l. si quis ita, ff. de condit. institution. l. Lutius, §. penult. ff. ad municipalem præsertim in fideicommissis, nam semper debet fieri interpretatione fideicõmissum intercidat neque inutile & frustratorium sit. leg. cogi circa principium maxime, in versic. *sed & si quis*. ff. ad Trebell. & ibi Bartol. in 1. & 2. notab. Mantic. lib. 3. de interpretat. titu. 2. num. 1. & 18 Peregrin. de fideicommissar. arti. 7. num. 17. & 18. Casanat. consi. 15. num. 15. ad finem.

La setima, porque las dichas palabras. *Y que se hiziesse lo que tenia comunicado con el Padre Antonio Fernandez*, han de obrar en la dicha disposicion, y entenderse de tal manera que no se entiendan que son superfluas y vagas, vt in l. si quando, in principio, vbi Bartol. ff. de legat. 1. leg. generali, §. 1. ff. de vsufruct. legato, y en comprouacion desta conclusion, y brocardico comun, trae el señor don Iuan del Castillo, dict. lib. 4. cap. 38. nume. 6. muchos Autores more suo, y particularmente, porque de la misma disposicion se colige que el fideicomisso que puso el testador, y grauamen de restitucion, se puede hazer con comodidad, y con razon, y conforme a la voluntad del testador, vt per Dominum D. Ioann. del Castillo, vbi proxime, nu. 20. cum duobus sequentibus.

La octaua es, que aunque en la dicha disposicion, por auersele al dicho testador quitado la habla, y apretadole la enfermedad, no pudo explicar por mas palabras su voluntad, que fue de que se hiziesse el dicho fideicomisso, bastô explicar su mente con dezir. *Que se hiziesse lo que tenia comunicado con el dicho Padre Antonio Fernandez*

dez, las quales palabras obraron el dicho fideicomisso, y restitucion, despues de los dias de la dicha su muger, para el dicho patronazgo, & in fideicommissis prædominatur verbis volũtas defuncti, l. cum proponebatur, ff. de legat. 2. l. fideicommissa, §. hæc verba, ff. de legat. 3. l. penultim. §. final, ff. de legat. 2. Molina de Hispanor. primogen. lib. 1. cap. 4. nume. 18. quos & alios citans sequitur Dom. D. Ioann. del Castillo, lib. 2. quotidianar. cap. 22. nu. 67. Y assi como consta con tanta euidencia y claridad, que la mente y voluntad del testador fue, *que se hiziesse el dicho patronazgo*, esta ha de predominar, aunque falten palabras, porque no las pudo explicar por el aprieto de la enfermendad, por otro mejor modo, que cometerlo al dicho Padre Antonio Fernandez para que lo declarasse, como lo tiene declarado.

La nona, y que saca este pleyto de toda dificultad es, porque el dicho Padre Antonio Fernandez fue persona elegida por el mismo testador, para declarar su voluntad, y assi sola su declaracion basta para declararla, a que se ha de estar, y con ella toma perfeccion la dicha disposicion, porque declara, como queda aduertido en los presupuestos del hecho, que la voluntad del dicho Iurado Estevan de la Peña, fue q̃ se hiziesse el dicho patronazgo, quia quando testator commissit alicui, vt voluntatem suam declaret, tunc satis est per ipsum declarari, l. Theopompus, & ibi tradita à Bartol. de dote prælegata, tradit Socinus senior, in l. si ita scripsero de conditionibus, & demonstrationibus, Gozadinus, cons. 3. n. 27. quod procedit tã ratione quãtitatũ, vt loquitur dicta lex Theopõpus, quã gratia personę, cui testator legare voluerit, vt in l. quem hæredi, ff. de conditionibus, & demonstrationib. Mantica de Tacitis,

tit. 1.

tit.1.lib.3.num.15. Y particularmente, porque aora en esta instancia tiene declarado con juramento, que lo que ha declarado, *fue lo que le comunicò el dicho Iurado Esteuan de la Peña, y que fue aquella su voluntad*: y que de las palabras del mismo testamento consta, que la voluntad del dicho testador y su disposicion, *fue, que se hiziesse lo que tenia comunicado con el padre Antonio Fernandez*, que son los requisitos que los Doctores requieren, para que la dicha declaracion valga, ex Mãtica, vbi proximè, quem referens sequitur Mascardo de probationibus, cõclusione 486. num. 4. cum sequentibus.

SEGVNDA PARTE.

EN esta parte toca satisfazer a los fundamẽtos de la informacion contraria.

El primero es desde el nume. 8. vsque ad 12. donde el abogado contrario pretende fundar, que la dicha doña Ana tiene por si la institució de heredera vniuersal en el dicho testamento conque murio el dicho su marido, porque tiene la solemnidad que requiere el derecho del Reyno.

A que se responde, que el dicho llamado testamento no lo es, porque le falta la materia y substancia de la disposicion, que es la voluntad que fue imperfecta: & nondum impleta, que es el totum continens, para que se pueda dezir testamento, porque del mismo testamento consta, y por la declaracion de los testigos que el testador se puso a ordenar, y hazer su testamento, y llegado hasta la sexta clausula del, dio vozes, diziendo que se moria: y preguntandole el escriuano, que quiẽ queria fuesse su heredero vniuersal, dixo, *que su muger, y q̃ se hiziesse lo que tenia*

comu-

comunicado con el padre Antonio Fernandez. Ecce, como bien claro se vee, y manifiesta de las palabras que el testador dixo de la mente del mismo testador, y que quiso passar adelante con la disposicion, a hazer fideicomisso, y otros legados, si no le ataxara la enfermedad, y se le quitara la habla: & sic, estamos en terminos terminantes de voluntad imperfecta, y no cumplida; y de que el dicho llamado testamento, corruat, & sit nullum ex defectu voluntatis nō perfectæ, vel non completæ, y que en nada vale la disposicion, ex vulgata l. si quis cum testamentum, ff. de testamentis, porque le falta la materia, y substancia, y disposicion, que es la voluntad imperfecta, & nondum impleta, neque cōsummata, quia testator cępit facere testamentum, & morte fuit præuentus, neque potuit perficere, porque se le quitò la habla, & vbi testamentum est imperfectione, siue ratione nondū completæ, aut non consummatę voluntatis, nō valet testamētum, quo ad omnia dict. l. si quis cum testamentum, & in l. ea scriptura, eiusdem tituli, & in l. fideicōmissa, §. quoties, ff. de leg. 3. Bartol. in dict. l. si quis cum testamentum, num. 3. Paulus Castrensis, num. 5. Cumanus, n. 2. Aretinus, num. final, in vers. Secundo casu, & aliis quamplurimi relati à domino don Iuā del Castillo, lib. 2. quotidianarum, cap. 22. num. 18. & 19. Y la verdadera y fundamental razon desta conclusion es, porque el testamēto, est quid indiuiduum, cuius qui partem fecit, nihil fecisse videtur, cum non posit valere pro parte, l. furiosum, vbi glos. & communiter scribentes, C. qui testamenta facere possunt, Decius, cōs. 531. num. 5. Surdus, cons. 258. num. 19. lib. 2. Mātic. de coniectur. lib. 2 tit. 4 nume. 41. & in vltimo puncto, indiuisibili stat forma essentialis ipsius, à quo perfectionem, & vires recepit, & á si

 laua

laua vltima conclusiua, ita Bald in l. si is qui, in principio, ff. de testament. Petrus Surdus cons. 258. sub num. 19. & quælibet forma contingit ex consumatione operis, l. is quis quadraginta, §. quædam, ff. ad legem falcidiam. Antonius Gomez in l. 3. Tauri, num. 19. Petrus de Peralta in l. si quis in principio testamenti, num. 45 in principio, Menoch. de præsumption. lib. 4. presumpt. 5. num. 5. Azeuedo in l. 1. tit. 4. lib. 5. numer. 63. & 64. nouæ collection. lex 24. titul. 1. part. 6.

Y quando se prueua que el testador quiso proceder adelante en la disposicion, etiam per modum legandi, & fideicommittendi particulariter, & sic particularem dispositionem, & nō solum vniuersalem, tunc dicitur testamentum imperfectum ratione volūtatis, & nihil valet, vt probant Petrus de Peralta in dicta l. si quis in principio, num. 40. referens Aretinum, & Immolam, sic tenentes, & num. 41. ad finem, dicit, quod vbi constat testatorem vltra prius inchoacta disponere voluisse, & vltra illa procedere, vel ad instituendum alium hæredem, vel ad substituendum, vel ad faciendum legata, vel fideicommissa præter iam facta, aut aliter disponendum, tunc dicitur testamentum imperfectum ratione voluntatis; quod etiam agnouit Anton. Gomez in dicta l. 3. Tauri, num. 18. in principio, dicens, quod dicta lex si quis cum testamentum, procedit etiam si testator iam fuisset institutionem, & versaretur circa legata, & idem repetit numero 106. Y esto mismo tuuiera Aretino, y Immola, referidos de Peralta vbi proximè, Carolus Ruinus consil. 204. numer. 8. libro 2. Parisius consilio 27. num. 17. lib. 2. Matienç. in l. 11. tit. 4. lib 5. glos. 1. num. 1. nouæ collection. Iulius Clarus, receptar. § testamentum, quæst. 19. num. 2. Thuscus

practi-

practicarum, tomo 8. litera T. conclus. 133. & num. 62. cum sequent. & num. 73. Menoch. d. præsumpt. 5. num. 5. versic. Secundus est modus, vbi dicit, quod quando testator iam scripta hæredis institutione erant facturus legata, testamentum non est perfectum, nam tunc totum testamentum imperfectum demonstratur. Y en este caso concurre prouança, por donde con euidencia consta que el testador no perficionô su testamento, ni voluntad, y que quiso passar ad vlteriora a hazer fideicomisso, y otras mandas. Lo primero, porque llamò escriuano y testigos para hazer testamento: y quando llegô a la sexta clausula dixo que se moria, y el escriuano le preguntô, que a quien dexaua por su heredero vniuersal, y dos vezes dixo que a su muger, *y que se hiziesse lo que tenia tratado con el Padre Antonio Fernandez.* Ecce ad oculum, que quiso passar adelante en la disposicion, y en este estado dize el escriuano, y todos los testigos, que se le quitò la habla, y luego se murio, sin otorgarse el dicho testamento: quo casu procede sin duda, que quando se llamò escriuano, y quiso el testador hazer testamento por escritura, y murio antes de acabarla, se dize imperfecto ratione voluntatis, ex non perfectione scripturæ, hoc est, quando nô est absoluta, etiam si testator plura disposuerit perfectè. Y esto procede etiam post decisionê leg. 1. tit. 4. lib. 5. nouæ collection ni se pueden pedir los legados, ni las demas cosas en el dicho testamento contenidas, porque aunque la dicha ley supla el defecto de institucion de heredero, ò que no le aya, no empero suple, ni puede suplir el defecto de la voluntad, porque en este caso, mas se dize començar a hazer testamento, que hazer testamento, y segun la voluntad del testador, es imperfecto, como disputando

putando la queſtion. En eſtos miſmos terminos lo notò D.D.Iuan del Caſtillo, lib.4. quotidianarum, cap.21. num.59. cum duobus ſequentibus.

Lo ſegundo, porque quiſo paſſar ad vlterio ra, y dexar el dicho fideicomiſſo, començando a diſponer por la miſma orden y forma, y haziendo los miſmos legados que en el primer teſtamento cerrado. Y quando dixo que ſe moria, y el eſcriuano le preguntò a quien dexaua por heredero, y reſpondio las palabras q̃ quedan referidas, fue lo miſmo que tenia diſpueſto en la inſtitucion de heredero del teſtamento cerrado, que el miſmo teſtador abrio y cortó los hilos, en el qual dexò otras muchas mandas y legados, y declaraciones, & ſic, aunque por auerle quitado la ſolemnidad y forma no valio, atamen ab eo declaratur voluntas teſtatoris, l. vltima, ff. de rebus eorum, l. peto, §. matre, ff. de legat. 2. Maſcard. concluſ. 1422. num.40. Matienço in l.1. gloſ.10. num.9. titu. 4. lib.5. nouæ collectionis, & voluntas teſtatoris declaratur in eo, quod in teſtamento nullo teſtator, ibidem diſpoſſuit, Iaſ. in l. dominus, num.2. ff. de condictionib. indebit. & in his terminis declaratur, in quibus teſtator fuit loquutus, Decius conſil.176. num.4. verſic. Secundo reſpondetur. Y como el dicho teſtador en el primer teſtamento mandó los miſmos legados que puſo en el ſegundo teſtamento, haſta que ſe le quitó la habla, y la inſtitucion de heredera de la dicha ſu muger, y el grauamen deſpues de ſus dias al patronazgo, y eſto miſmo fue lo que diſpuſo en el ſegundo teſtamento, mandando *que ſe hizieſſe lo qne tenia comunicado cō el Padre Antonio Fernandez*: bien clara ſe colige ſu voluntad y mente, que fue querer paſſar adelante, y hazer el dicho fideicomiſſo, y poner

el

el dicho grauamen, y hazer otras mandas, y declarar las deudas que deuia; y que de la misma disposicion, y de la que antes auia hecho en el dicho testamento cerrado, se saca y prueua la imperfeccion, y no cumplida voluntad del testador en el segundo testamento, para que no valga, ex hac ratione imperfectæ, & non completæ voluntatis, quod maximè procedit, porque el primer testamento cerrado le abrió el mismo testador, y le hizo imperfecto, por razon de la solemnidad, y entonces ninguna duda ay, sino que el tal testamento declara la voluntad del testador, vt in specie tradit Romanus consil. 179. num. 7. & numer. 11. tradit Mantica de coniectur. vltimar. voluntat. lib. 3. tit. 20. num. 6. & 7.

Lo tercero, y por donde mas claramente se prueua la imperfeccion de la dicha voluntad y disposicion, es por la declaracion del dicho Padre Antonio Fernandez, el qual como queda aduertido, tiene declarado que el dicho testador le comunicò que su voluntad era dexar el fideicomisso, y otros legados que expressa en la dicha declaracion, por la qual se ha de estar y passar, l. Theopompus, de dote prelegata. Luego bien claro se manifiesta, se colige, y se prueua que el dicho testador quiso hazer el dicho fideicomisso, y otros legados, y que por auerle atajado la muerte, y quitadosele la habla, no lo dispuso, y quedò imperfecta la voluntad, y no cũplida la dispposicion. Y assi el dicho testamento fue nulo, ex illa causa.

Lo quarto, porque lo referido procede, no solo quando consta expressamente que el testador quiso añadir o quitar alguna cosa en su testamento, como en este caso consta, sino tambien quando consta tacitamente, y quando auia de dezir otra cosa mas de lo dispuesto, que

no pudo cumplir, y quando consta que el testador no tuuo aquella disposicion por perfecta, vt post Bartul. & Bald. scripsit Surd. dict. consil. 258. num. 19. lib. 2. ex Decio, Riminald. & Menoch. & Menchac. ibi relatis. Y es la razon, porque cada dia se vee, que los testadores en el mismo acto de testar, mudan, añaden, o reuocan muchas cosas por ellos mismos dispuestas en el mismo testamento, y assi en este caso no puede cõstar por palabras ni acto mas claro de que el testador quiso passar adelante con la disposiciõ que por las mismas palabras que dixo el testador, *Que se hiziesse lo que tenia comunicado con el Padre Antonio Fernandez.* En las quales denotó q̃ no quedaua perfecta ni acabada su disposicion y que quiso passar adelante con su disposicion a fideicommisso, y a otros legados, como el mismo Padre Antonio Fernandez lo tiene declarado.

No obstará si se dixesse por la otra parte, que quando no valga por testamento nuncupatiuo que será testamento in voce, porque los testigos declaran lo mismo que contiene lo que escriuio el escriuano, y de que da fee, y que en esta disposicion ay legados y institucion de heredero, que es lo que basta para que sea vltima voluntad in voce, y que se cumpla cõforme a la dicha l. 1. tit. 4. lib. 5. nouæ collectionis, y assi ha de quedar heredera la dicha doña Ana.

Porque se satisfaze, lo primero, que por auer querido el testador que su disposicion se hiziesse por notario publico, y por publica escritura está suspendida hasta que el notario y escriuano de illa publice se rogauerit, & ideo antequã id fiat non potest dici testamentum, nec volũtas perfecta, porque lo que dize el escriuano, y lo que los testigos deponen, es todo vna misma cosa, scilicet, que començó a hazer testamẽ-

to

to el testador, y que se escriuio hasta la sexta clausula, y dixo que se moria, y luego le preguntò, quien queria fuesse su heredero, y el respondio las palabras que estan referidas, y luego se le quitò la habla, y desto dize da fee, pero no q̃ el testador lo vuiesse otorgado, & sic non potest dici testamentum, nec vltima voluntas perfecta, sed potius quędam pręparatio ad testandum, quod est de mente Oldraldi in consi. 297. quem sequuntur Paul. Castrens. in consi. 75. colum. fin. lib. 1. & in consi. 451. colum. 2. in principio, lib. 2. Paris. consi. 24. ex nume. 10. in fine, cum seqq. lib. 3. Iul. Clar. dict. §. testamentum, quæst. 7. num. 4. Petr. Surd. decis. 292. num. 11. in principio. Y esta preparacion no basta ni prueua ser testamento, ni para sustentarse en fuerça de vltima voluntad, vt post Decium, Alexand. & Iulium Clarum annotauit Mascard. de probationib. conc. 1353. num. 77. Petr. Surd dicto num. 11. & sequenti, Iul. Clar. dict. quæst. 7. num. 5. in fin. Surd. consi. 258. num. 19. lib. 2. & alij quam plurimi relati a D. D. Ioann. del Castillo, dict. lib. 4. cap. 21. num. 70. cum pluribus seqq. donde ponen los autores que tienen la contraria, y queda con la opinion de Oldraldo por mas verdadera, num. 79. & 80.

Lo segundo, por la dicha ley del Reyno, no se alterò ni enmendò, ni se introduxo nueuo derecho, ni se corrigio el derecho comun, ni la disposicion de la dicha ley si quis cum testamẽtum, que es el derecho comun cierto e indubitable, ni en ninguna de las leyes del Reyno se halla palabra que lo altere ni corrija, ni enmiẽde, porque la dicha ley primera que pone la solenidad del testamento inscriptis y nuncupatiuo, y de los codicilos, assi entre hijos como entre estraños, solamente dispone valer el testamento en quanto a los legados, y lo demas en

el dispuesto, aunque el testador no dexe heredero, o el que nombrare no quisiere aceptar la herencia, y en ambos casos dize. *Valga el testamento en quanto a las mandas, y las otras cosas que en el se contienen*. Y assi supone claramente esta ley, q̃ ha de valer el testamento en quanto a los legados, y lo demas en el contenido, quando no contiene otro vicio ni defecto que no contener el testamento heredero, o si el heredero no quisiere aceptar, pero no suple el defecto de la imperfeccion de voluntad, y el vicio de la disposicion, que aun no está consumada, antes siente manifiestamente la misma ley lo contrario, y habla quando el testador absoluta y enteramente ordenó su vltima disposicion, y perficionô su voluntad, de tal manera, que por razon de la imperfeccion de la voluntad, no quede el valer el testamento, sino por no instituir heredero, o porque el instituido despues de la muerte no quisiere aceptar, y en este caso introduze la ley nueuo derecho, q̃ la voluntad del testador cerca de los legados, y de las demas cosas contenidas en la disposicion se cumplan y obseruen, quod dixit Burgos de Paz, in l. 3. Tauri, num. 833. y 834. Matienço, in dict. l. 1. gloss. 10. num. 2. Pero que la dicha ley en ninguna manera habla en el caso deste pleyto, quando por razon de la voluntad, y de la imperfeccion de la disposicion, no vale el testamento, ni se acordô deste caso la ley, y assi no milita en el, ni se ha de entender que quiso disponer, ni dispensar en el, ni corregir el derecho antiguo comun, cap. cũ dilectus, vbi DD. de cõsuetudine, Aymon Craueta, de antiquitat. temporis, in principio, num. 42. & in cons. 307. nu. 4. Y assi se ha de entender en los terminos estrechos que la ley habla, y no estenderse a otros casos, mas que a los que expressamente en

ella

ella se haze mencion, l. ius singulare, l. quod vero contra, ff. de legibus, l. si vero, §. de viro, ff. solut. matrimon. Mier. de maioratib. 1. part. in initio, num. 11. Barbos. in l. si constante, in princip. num. 111. ff. solut. matrimon. Y quando la ley especifica algun caso, como especifica la dicha ley primera la institucion de heredero, y otros que alli expressa, los demas quedan a la disposicion del derecho comun, Thomas Grammatic. consi. ciuil. 76. num. 1.

Y todos los Doctores del Reyno que escriuẽ sobre la misma ley, y sobre el entendimiento de la dicha ley si quis cum testamentum, resueluen, que de ninguna manera corrigio el derecho del Reyno la disposiciõ del derecho comũ, Burgos de Paz, in l. 3. Tauri, 1. part. num. 251. dicit: *Et constanter illud toneo, quod cum proximè dicta prius quam nostra constitueretur, lex iure obtinebãt minime ambigi posse, etiam locum habere post hanc legem*, Anton. Gomez, in dict. l. 3. Tauri, nu. 106. & melius num. 19. tratando del entendimiento de la dicha ley si quis cum testamentum, dize; *Ex quibus maxime declaratur in isto Regno lex prima, titulo de los testamentos, lib. 5. ordinamenti, &c.* Donde expressamente resuelue, que el testamento imperfecto, ratione non perfectæ, vel non consumatę voluntatis, non valet, por la decision de la dicha ley si quis, cum testamentum, y que no se corrigio su disposicion por el derecho nueuo del Reyno, Peralta, in l. si quis in princip. num. 45. ff. de legat. 3. tratando assi mismo del entẽdimiẽto de la dicha ley si quis cum testamentum, dicit illæsam, atque intactá manere hodie, & in praxi seruatam, neque vllo iure nostro abrogatam, idem tenet Aluarad. de coniecturat. mente defunct. lib. 3. cap. 2. §. 1. num. 14. Roderic. Suarez, in l. quoniam in prioribus, quæst. 4. in fin. C. de inoffic. testamẽt.

Tello Fernandez in 2. par. dictæ l. 3. Tauri, nu. 18. & 19. Matienç in dict. l. 1. gloss. 14. ex nume. 1. cum seqq. & in l. 11. eiusdem tituli, gloss. 1. Y ponderando lo que cada autor de los referidos dize, le resuelue por los mismos fundamentos D. D. Ioann. del Castillo dict. lib. 4. cap. 21. a nu. 30. vsque ad num. 43. que la dicha l. si quis cum testamento, y su decision, no queda corregida por el derecho del Reyno.

De lo dicho resulta, que como el dicho llamado testamento es imperfecto por defecto de la voluntad no cumplida ni perfecta, que es el totum cōtinens, y la materia sobre que cae la forma, que es la solemnidad, que no ay para que cansar a V. m. en responder a las razones, derechos y autoridades que el abogado contrario trae en este fundamento; para prouar que el dicho llamado testamento, es testamento ô vltima voluntad, porque todas miran a la autoridad y solemnidad que ha de tener vn testamento, y no a la voluntad, porque en esta no se toca en la dicha informacion palabra alguna.

Y puesto, sin perjuyzio de la verdad, que el dicho testamento sea valido, y que se aya de suceder por el la dicha doña Ana de Villarejo y Aluarado, tenetur & obligata est seruare eius voluntatem, quantumcumque etiam non solemnem de iure naturali, l. in testamento de fideicommiss. libertatibus. l. fin. de rebus eorum, Bartol. in l. 1. colu. 3. num. 10. ff. de condit. indebiti, & adeundo, & se immiscendo in hæreditate fuit facta approbatio testamēti, & in eo dispositum, Alexand. consi. 12. versi. accedit ad cōfirmationem, & consi. 29. colum. 4. ad finem, versi. si tamen dicti hæredes, lib. 5. Ancharran. consi. 365. col. 3. versi. Tertio coadeundo, vbi dicit, quod sic consentiens oneri iniuncto per testatorem obligatur præcise, & fidem susceptam

tam implere cogitur, etiam si nihil consecutus esset ex iuditio testatoris, cum alijs per Barbat. consi. 12. colum. 6. & seq. lib. 1. & Iass. consi. 13. colum. fi. lib. 1. vbi tenet, quod talis consensus nõ potest reuocari, vt per Baldum in l. senium, colum. 1. C. qui testamenta facere possunt, Aym. consi. 24. num. 10. Roman. consi. 18. colum. fin. versi. contrarium tamen, Fulgos. consi. 67. col. 2. Mayormente no siendo la dicha doña Ana heredera forçosa del dicho su marido; el qual pudo libremente disponer de sus bienes, poniendoles todos los vinculos y grauamenes q̃ quisiere, & sic legitimè & validè potuit disponere, quo casu auiendo aceptado la dicha doña Ana la herencia, y queriẽdose de valer de la dicha disposicion, aunque fuera inualida fue visto aprouar toda la voluntad del dicho su marido, vt iacet, y tomarla con el cargo del fideicõmisso, Aymon consi. 55. num. 5. & seq. Paris. consi. 33. colum. fin. num. 96. lib. 3. & ex his iuribus Simon de Prætis de interpr. vltim. volunt lib. 5. dubitat. 3. num. 24. cum seqq. & ex inde additio hæreditatis inducit duplicem effectum acquisitiuum, & obligatiuum. Acquisitiuus est pro eo qui acquirit hæreditatem, fideicommissum, legatum, vel aliud ex vltima voluntate, vt ex toto titulo de acquirend. hæredit. obligatiuus effectus est cõtra eum, qui ex vltima voluntate apparet iussus, & obstrictus exequi implere & facere ea, quæ testator disposuit vel erat ipse obligatus facere, toto titu. C. de hæreditat. actionib. l. 1. §. & hæc disposuimus, communia de legatis, l. alio, l. filio, de aliment. & cibar. legat. authen. hoc amplius, C. de fideicommissar. cum similib. Y assi la dicha doña Ana queriẽdo ser heredera del dicho su marido por el dicho testamento, tiene obligacion de guardar y cumplir toda su disposicion; y no la puede contradezir ni impugnar.

El

El ſegundo fundamento dela parte contraria es, querer declarar, y impugnar la declaracion fecha por el Padre Antonio Fernandez, por algunas conſideraciones, a que ſe yrà en particular ſatisfaziendo.

La primera es en el num.15. que ſi ſe huuieſſe de entender, que deſpues de los dias de la dicha doña Ana ſe huuieſſe de fundar el dicho patronazgo, ſeria auer diſpueſto coſas contrarias, que fueſſe heredera vniuerſal, & pleno iure la muger, y juntamente vſufrutuaria por los dias de ſu vida, que es coſa repugnante del derecho: para lo qual trae el conſ.230. de Surdo, num.13. y la deciſion 15. de Seſe en el num.11. y que la interpretacion de los teſtamentos ſe ha de hazer de tal manera, que ceſſe toda repugnancia en las palabras de la diſpoſicion, y que el teſtador no ſea viſto contradezirſe a ſi miſmo, para loqual tambien trae el conſ.18. de Iaſon, en el num.10. lib.1. Paulo Pariſ.conſ.40. num.36 lib.2. Menoch.conſ.2. num.61. lib.1. Petrus Surdus dict.conſil.230. num.28. & conſil.279 num.14. lib.2. Simon de Prætis, de vltimar. voluntat. lib.1. interpretatione 1. dubitatione 4. ſolutione 9. per totam. Y que ninguna interpretacion ſe puede mas ſeguramente aplicar a la dicha clauſula, que entender las palabras vltimas della, ibi: *Que ſe haga lo que dexò tratado con el Padre Antonio Fernandez*, que dexar ſalua la inſtitucion vniuerſal de heredera, y en todo lo demas ſe cumplieſſe lo tratado con el dicho Padre Antonio Fernandez.

Pero eſta razon y fundamento para vn nouis negotij affert; porque aũque ſea cierto que ſe ha de euitar la contradicion y repugnancia de los teſtamentos y vltimas diſpoſiciones, en el caſo preſente ninguna contradicion ay, porque toda la diſpoſicion fue vna, y en vna miſ-

ma

ma claufula, y en vnas mifmas palabras, que donde pufo la inftitucion de heredera de la dicha doña Ana, pufo afsi mifmo, y quifo que fe hizieffe y guardaffe lo que tenia tratado con el Padre Antonio Fernandez; con que manifeftò y declaró fu voluntad, de que fe hizieffe el dicho patronazgo defpues de los dias de la dicha fu muger. Et quibufcumque verbis fit explicata teftatoris voluntas, etiam in proprijs attendi debet, Bald. in l. voluntatis, num. 1. verbo, *Vel*, C. de fideicommiff. & fenfum debemus fequi voluntati acommodatum, licet verbis contrarium, l. fi ancillas, ff. de legat. 1. Mantic. lib. 3. de interpretat. tit. 3. numer. 9. latè Simon de Prætis, dict. tract. lib. 2. interpretatione 2. dubitatione 4. per totam. Y fi fe huuieffen de entender las dichas palabras como la parte cõtraria pretende, derechamente fe vendria contra la voluntad y mente del teftador, y a querer limitar fu difpoficion, y que la declaracion del Padre Antonio Fernandez valga en parte, y no en el todo como lo tiene declarado.

Deinde, que lo regular, y que no fe puedan fuftentar dos difpoficiones contrarias, y incompatibles, como entre dos codicilos, o entre codicilo y teftamento, y que la poftrera difpoficion quite la primera, de que es texto expreffo la l. cum proponatis, C. de codicillis, & ibi omnes DD. Efto fe entiende quando nõ fe puedẽ reduzir a concordia, nam tunc vltima difpofitio attenditur, l. fi mihi & tibi, § in legatis, ff. de legat. 1. Decius confil. 337. colum. final. verfic. *Secundo non obftat*, Parifius confil. 34. numer. 50. volum. 2. Simon de Prætis, dicto tractat. lib. 2. interpretatione 1. dubitatione 1. folutione 10. num. 24. textus eft in l. non ad ea, in verfic. *Si prius*, ff. de conditionibus & demonftrationib. vbi fi teftator prius rem vni legauerat fub con-

dictione illâ ex interuallo eidē leget purè cēsetur corrigere primum legatum, & debetur secundum, Ruin. consil. 38. num. 16. volum. 8. Cephalus consil. 67. num. 17. versic. *Quæ conclusio,* Rolandus consil. 31. numer. 1. volum. 4. Secus verò est, quando potest aliquomodo remoueri, & dissolui, vt dicit Angelus in l. 1. colum. fin. versic. Sed vbi perplexitas, de condit. institution.

Y en el caso presente estamos en muy diferentes terminos, porque no ay dos voluntades, ni dos testamentos, ni testamento y codicilo que sean contrarios, ni contrarias disposiciones, sino vna misma disposicion, que se puede sustentar y reduzir a concordia, sin que en ella aya contradicion, ni repugnancia, porque estando las palabras en que el testador dixo, *Que se hiziesse lo que tenia comunicado con el Padre Antonio Fernandez*, puestas juntamente con la institucion de heredera de la dicha su muger, y teniendo declarado el dicho Padre Antonio Fernandez, que la voluntad que le comunicò el dicho testador fue, que despues de los dias de la dicha su muger se hiziesse el dicho patronazgo; esto en ninguna manera es repugnancia, ni contradicion, pues la dicha doña Ana se queda instituyda por heredera vniuersal, con la carga y grauamen de fideicomisso despues de sus dias, para que se hiziesse el dicho patronazgo, y assi se reduze a concordia toda la disposicion, sin que aya contrariedad, y se guarda la voluntad y mēte del testador, sin que se pueda dezir, que por auerla dexado por heredera vniuersal, mudò de voluntad, y quiso que lo que tenia comunicado con el dicho Padre Antonio Fernandez, solo fuesse en quanto a los demas legados, porque esto derechamente vēdria a ser contra la mente, disposicion, y palabras

bras de la institucion, y del testador; y la interpretacion de la volũtad de tal manera se ha de hazer, vt saluanter verba, & mens testatoris, quod dispositio non diuissoria sit, seu aliquod emolumentus contineat, Paul. Castr. cõsi. 383. *notandum est*, lib. 1. & nõ sit innanis, & siuè efectu operandi, l. si quando, in princip. de legat. 1. & l. melius, in princip. ff. de legat. 2. tradit Alexãder, consi. 250. quoad primum, lib. 6. Y assi queda bastantemente satisfecho a la dicha consideracion de la contrariedad y repugnancia, y a todos los lugares que quedan referidos por el Abogado contrario, que se hã de entender quãdo no se puede reduzir a concordia la contrariedad.

La segunda consideracion, es en el num. 16. scilicet, que por auer ya instituido especial y nominadamente el dicho testador a la dicha su muger por heredera vniuersal, que las palabras generales, *que se hiziesse lo que tenia comunicado con el Padre Antonio Fernandez*, por ser generales no comprehendieron el caso de la institucion de heredera, que especial y nominadamente quedaua ya proueydo por lo vulgar, quod generi per speciem non derogantur, & quod generalis causula, seu dispositionem comprehendit casus in specie prouissus, ex iuribus per dictum aduocatum allegatis.

A este fundamento y consideracion se respõde facilissimamẽte, porque las dichas palabras de la institucion, y hagase lo que tengo comunicado con el Padre Antonio Fernãdez, no son generales, sino especiales, y comprehẽden, no solamente los legados, sino la institucion de heredero, per relationem, a lo que declarasse el dicho Padre Antonio Fernandez, nam tantũ operantur expressa verbis generalibus, quantum verbis specialibus, quoad conclusionem, & exclusio-

clusionem rei, & expressum verbis generalibus tantum operatur, quoad omnia quantum specialibus expressum, quoad omnia specificata, vt firmat gloss. in l. si quis mihi, §. iussum, ff. de adquirend. hæreditat. Decius, in consil. 259. *visis his*, colum. 2. versic. *Nam etiam expressum*, & gloss. in l. sed & si quis, §. quæsitum, ff. si quis cautionibus, & ibi Alexand. in colum. 2. num. 11. Aymon, consi. 162. Nobilis Aubertus, vbi per hanc regulam, & plura iura, & decisiones eam corroborantes, probat institutionem hæredis, quę alioquin nominatim, & verbis expressis fieri debet, l. iubemus, C. de testamentis posse, valide fieri verbis generalibus, ex quibus intelligatur hęredis persona instituta, quæ sub ipsis verbis est comprehensa deinde, & alia potissima ratione, quia huiusmodi expressionis modum, de quo vsus est testator per relationem, a lo que declarasse el dicho Padre Antonio Fernandez, per quam verè, & propriè dicitur intelligi, que el testador quiso comprehender etiam la institucion de heredero, como el mismo Padre Antonio Fernandez lo tiene declarado, huiusmodi expressio per relationem dicitur fieri in specie, & nominatim, & nô in indiuiduo, vt notanter dicit Bartol. in l. Titius, de liber. & posthum. & in l. turpia, §. final. ff. de legat. 1. de que es texto expresso la l. si pater filio, ff. de vulgar. & pupilar. refert & sequitur Ruinus, in consil. 165. *circa casum*, colum. penultim. num. 2. lib. 2. Simon de Prætis, de interpretat. lib. 2. dubitat. 1. solut. 5. num. 48. vsque ad 53. Y assi no ay para que cansar a V.m. en la satisfacion de los derechos, y brocardicos comunes que de contrario se alegan, pues no proceden en este caso, donde tambien fue especial prouision la que hizo el testador en el caso del fideicomisso para el dicho patronazgo, y no ge-

neral,

neral, como de contrario se pretende.

La tercera consideracion es en el nu. 17. vbi nititur probare, que auiendo ya en la primera parte de la clausula de institucion de heredera, el dicho Iurado Esteuan de la Peña, nombrado a la dicha doña Ana su muger por heredera vniuersal, que si se huuiesse de entender la declaracion del dicho Padre Antonio Fernandez, que solo fuesse vsufructuaria, seria corregirse incontinenti, & à priori voluntate recedere, quod nũquam præsumitur, ex l. non ad ea 88. de conditionibus, & demonstrationibus, adducens in hoc Franciscus Mantic. Simon de Præt. Ludouic. Casanat. & Leand. Galganat. in locis per eum ibi allegatis. Y que la question, si se presume que el testador disponiendo cosas contrarias en vn mismo testamento, quiso corregirse, ò no, se ha de entender en los legados y disposiciones particulares, y no en la institucion vniuersal de heredero, que se ha de estar a la primera institucion mas plena, y fauorable al heredero, ex l. si te solum 27. ff. de hæredib. instituẽd. Y todas las demas autoridades que trae, de q̃ quiere concluyr que son textos y dotrinas en terminos, para prouar que la institucion de heredera vniuersal, que el testador en la primera parte de la dicha clausula hizo en fauor de su muger, no quedò alterada ni corregida por las palabras vltimas, en que mandò, *se hiziesse y guardasse lo que tenia comunicado con el dicho Padre Antonio Fernandez.*

A este fundamento se responde, que la dicha conclusion es cierta, y ha lugar quando no està dado substituto en la misma institucion, y parte condicional, y que todo es vn heredero, mas quando està dado substituto, como en este caso, que despues de auer gozado la dicha doña Ana la hazienda en su vida, ay dado substituto,

que es el dicho patronazgo que se ha de fúdar, muy bien pudo el testador limitar la institució de heredera vniuersal a particular, y grauarla con carga de fideicomisso, l. si quis ita legauerit, §. si Titio fundus, ff. de adimend. legat. ita in terminis notat, & tenet Anton Gomez, variar. tom. 1. cap. 2. num. 12. versic. Vnum tamé est, ibi: *Quod tamen intellige præterquam si in parte condictionali, sit datus substitutus vulgaris, quia tunc debet expectari condictio,* textus, in l. si te solum, in princip. ff. de hæredibus instituend. l. cum hæres, §. qui ex parte, ff. de acquirend hæreditat. & vtrobique Bartolus, & communiter Doctores. Y aunque la dicha ley si te solum, la trae el Abogado contrario para fundamento de su intencion, en las finales palabras, en el principio prueua nuestra opinion, in his verbis: *Si te solum ex parte dimidia purè, ex altera sub condictione hæredē instituero, & substituero tibi, non existente condictione substitutum ex eadem parte hæredem fore celsus ait.* Y en el versic. *Sed si té,* siguiente, habla en caso q̃ vna misma persona sea instituida puramente en vna parte, y de baxo de condició en otra, sin darle subsituto, y está claro q̃ conseguira la herencia pleno iure, sin aguardar la condició, pero quádo ay dado substituto, corre diferéte razó, q̃ es el caso de la misma ley si te solum, in principio, vt in terminis, tratádo del entédimiéto de la misma ley si te solũ, lo notó luã Gut. in cós. 18. n. 59. ibi: *Respondeò enim primo, quod dicta lex si te solum, & similes loquuntur, cum vnus tantum hæres est institutus, non verè quoties adest institutus, & iam alius cohæres, prout in nostro casu duo adsunt coheredes, tunc autem dicta lex si te solum, & similes non procedunt, gloss. in dict. l. si te solum. Vel secundo respondeo, quod textus ille loquitur in duabus institutionibus prima cōditionali, & secunda pura, nos vero non loquimur eo casu, sed tantum in vna institutione duorum hæredum, & in*

prælegato

prælegato vni eorum facto, & per cõsequens non sumus in materia dictæ lex si te solum, sed dictæ legis auia, & similium, ratio autem differentiæ patet ad oculum, nã duæ institutiones vna pura, & altera conditionalis contrariæ sunt, & se non compatiuntur, ideo non mirum si vna earum debeat præualere, sed institutio, & prælegatum, de quibus in nostro textu sibi non aduersantur, etiã si conditionem institutionis repetamus in prælegato, sed optime compatiuntur. Que son palabras decisiuas de nuestro caso, para que aunque en la primera parte de la institucion sea pleno iure en propriedad, y en la segunda condicional; y quedasse grauada la dicha doña Ana a que despues de sus dias restituyesse la herencia, para que della se fundasse el dicho patronazgo, pudo muy bien el testador hazerlo, y limitarle la herencia, dandole coheredero o substituto, idem tenent Spino specul. testament. gloss. 14. principal. n. 44.

La quarta consideracion es en el num. 18. vsque ad fin. donde quiere impugnar la declaracion del dicho Padre Antonio Fernãdez, diziẽdo que no haze fee, porque fue hecha sin juramento, y porque quando fuera jurada, auian de concurrir otras conjecturas e indicios, en cuya comprobacion se trae la l. Theopompus, y Bartul. alli num. 7. y a Paul. de Castro, Antonio de Butr. Simon de Prætis, Mantic. y Mascard.

Huic enim fundamento respondetur, lo primero, que en esta instancia de reuista tiene ya declarado el Padre Antonio Fernandez debaxo de juramento, que lo que comunicò con el el testador, fue auerse de hazer el dicho patronazgo, y asi la dicha declaracion valio y surtio efecto, y con ella quedò la dicha disposicion perfecta, y se deue guardar, como todos los Doctores citados de contrario lo tienen, & vltra eos Carol. Ruin. consi. 21. nu. 10. volum. 2. Matth. ab Afflict. decis. 371. Farinac. quam plurimos

citans

citans in tract. de testibus, quæst. 73. nume. 39. Y es conclusion comũmente recibida que quãdo el testador cometio a otro que declarasse su voluntad que con el tenia comunicada, que la tal declaracion con juramento vale y surte su efecto, vt in dict. l. Theopompus, & ibi Bart. de doc. prælegat. Immol. in l. Lutius, §. fin. ff. de legat. 1. Y el abogado contrario va tambien con esta opinion, que siendo la declaracion jurada basta para hazer fee.

Y que no sea necessario que con la dicha declaracion jurada concurran otras conjecturas lo resuelue Mantica de coniectur. vltimar. voluntat lib. 3. tit. 1. num. 16. ibi: *Sed illud tamẽ aduerte, quia probabiles coniecturæ requiruntur, quando electus à testatore ad declarandum eius voluntatem, sine iuramento deponit, & ita loquitur textus in dicta l. quem hæredi, sed si iurauerit credendum est ei, absque alijs coniecturis, vt colligitur ex dicta l. Theopompus, & ita intelligit, & declarat idem Paulus Castrensis in dicta l. cum hæredi, num. 1. & Ruinus sequitur in cons. 19. num. 5. volum. 2. & si electus à testatore ad declarandum sit onesta persona, & iurauerit credendum est ei, secundum Baldum, qui non exigit aliquam coniecturam in l. captatorias, num. 8. C. de testament. militis.*

Cæterûm, quando fueran necessarias otras conjecturas, juntamente con la dicha declaracion, aqui concurren muchas y muy fuertes. La primera se saca del primer testamento cerrado que el testador otorgò, que despues el mismo le cortò los hilos, y con ello la solemnidad, y hizo nullo, en el qual despues de auer hecho algunos legados, dexa assi mismo a su muger por heredera, y que gozò de los bienes todos los dias de su vida, y despues dellos dexa fundado el dicho patronazgo. Nam quando testamentum erat ipso iure validum, & deindè fuit ab ipso testatore reuocatur, per secundum

ab

ab eo conditum sumitur ex eo cōiectura, quod præsumitur eadem qualitas repetita in secundo testamento, Corneus consil. 275. num. 5. lib. 4. Iason consil. 143. colum. 2. lib. 2. Decius consil. 515. num. 2. in fine, Parisius consil. 79. num 16. lib 2. Craueta consil. 113. num. 6. & cōsil. 856. num. 20. versic. Causa eadem. Decianus consil. 3. num. 36. & consil. 37. num. 30. & consil. 41. num. 42. lib. 1. & consil. 34. num. 92. lib. 3. Bal. in l. qui à patre, ff. de confirmand. tutore. Abb. consi. 98. in fine, lib. 1. Fulgosius consi. 99. ad finem, Alexander consil. 45. numer. 9. lib. 1. Barbatia in Rubrica, C. qui admitti, numer 55. Crotus in l. si constante, in 2. lectura, num 17. ff. solut. matrimonio, Socinus senior in consil. 127. columna vltima, versic. Nec obstat, lib. 3. Ruinus consil. 118. num 6. lib. 3. Parisius consil. 7. num. 27. lib. 3. Socinus iunior in consil. 45. numero 5. libr. 3. Todos estos Doctores, y otros muchos se mueuen a tener esta conclusion, por la regla de la l. vltima, ff. de rebus eorum, vbi respondet Paulus, prædium minoris rectè censeri venditum voluntate patris, & si eius testamentum effectum, & irritum, ita probat Iacobus Menochius, cum pluribus ab eo citatis, de præsumpt. lib. 4. præsump. 15. n. 2. & 3.

La segunda es, que el testador començò a hazer el testamento segundo, y en el fue poniédo las seys clausulas de los primeros legados que auia hecho en el testamento cerrado, que despues abrio, y cortó los hilos, que es otra mayor conjectura, de que no quiso mudar voluntad, y que si no se atajara la muerte, yua disponiendo de la misma manera que lo tenia ordenado en el dicho testamento primero, si no se le quitara la habla con la grauedad de la enfer-

medad, y passara adelante, dexara ordenado el dicho patronazgo, & quando testator in omnibus quoad substantiam in secundo testamẽto disposuit, vt disposuerat in primo, & si in secũdo testamẽto omisit aliquã qualitatẽ, quę potius vitio scriptoris, quã voluntate testatoris credi potest, omissa tunc certissimum est voluisse disponere in secundo testamento, sicut disposuit in primo, vt ex Corneo dicto consil. 275. num. 5. lib. 4. ita in terminis aduertit Menochius de præsumptionibus, præsumpt 176. lib. 4. nu. 6. cum seqq. & expressim in nu. 9. dicit in hoc casu veram esse opinionem Cornei vbi proximè.

La tercera presumpcion, y que sacó el negocio de toda duda, estas palabras de la misma clausula que dixo el testador geminadas, donde en la misma institucion de heredera, estando ya apretado de la enfermedad, y diziendo que se moria, y preguntado por el Notario, a quien queria dexar por su heredera, respondio, que a su muger, *y que se hiziesse lo que tenia comunicado con el Padre Antonio Fernandez*. Y esta conjectura es mas fuerte que si fuera legal, Ruinus in l. Gallus, §. & quid si tantum, num. 48. in fine, aliàs numero 73. de liberis & posthumis, Mantica vltimarum voluntatum, lib. 12. titul. 17. num. 20.

Por manera que concurriendo aqui la voluntad, y disposicion del testador expressa, que por palabras dispositiuas mandò que se hiziesse lo que tenia comunicado con el Padre Antonio Fernandez, y la declaracion jurada del dicho Padre Antonio Fernandez, que fue, que despues de sus dias de la dicha doña Ana se hiziesse el dicho patronazgo; y que aun que falten palabras en la disposicion, por las

con-

conjecturas tan probables, ſe ſuple, y perficiona la oracion, y que de todo ello ſe colige, que la voluntad determinada del teſtador fue que ſe hizieſſe el dicho patronazgo, parece coſa juſta auerſe de hazer, y que no quede fruſtrada la diſpoſicion y voluntad del teſtador, ni la pia cauſa. Y aſsi eſperamos que las ſentencias ſe han de reuocar, y determinar en fauor del dicho Iurado Franciſco Rodriguez Zatorre, y conſortes. S. D. V. C.

conjecturas tan prouables, se suple a peticion la oracion, y que de [illegible] se colige, que la voluntad determinada del testador fue que se hiziesse el dicho patronazgo, parece cosa [illegible] suerte de hazer, y que no quede frustrada la disposicion y voluntad del testador, ni la pia causa. Y assi esperamos que las sentencias se han de reuocar, y determinar en fauor del dicho Iurado Francisco Rodriguez Zatorre, y consortes. S.O.V.C.